

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

SECONDES OBSERVATIONS EN INTERVENTION

**A l'appui de la question transmise par décision du Conseil d'Etat
en date du 16 septembre 2016**

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions des alinéas 3 à 10 du I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, telles qu'issues de l'article 5 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, le législateur n'a pas garanti une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

POUR : 1/ La Ligue des droits de l'Homme

2/ La Quadrature du Net

2/ French Data Network

**3/ La Fédération des fournisseurs d'accès à Internet
associatifs**

SCP SPINOSI & SUREAU

Question n° 2016-600 QPC

I. En réponse aux premières observations du Premier ministre en date du 10 octobre 2016, les associations intervenantes entendent formuler les observations complémentaires suivantes à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'Etat tendant à la censure des dispositions des alinéas 3 à 10 du I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955.

Sur l'absence d'autorisation par un juge

II. Premièrement, le Premier ministre énonce qu'il n'appartenait pas au législateur de « *subordonner la saisie de données [...] à l'autorisation préalable d'un juge* » (cf. les observations du Premier ministre, page 3).

Or, une telle assertion est pour le moins discutable compte tenu de l'insuffisance des garanties légales qui encadrent l'acte de saisie au cours de la perquisition administrative.

II-1 En effet, à supposer même qu'il soit possible d'admettre que l'opération initiale de saisie administrative puisse avoir lieu sans autorisation juridictionnelle préalable – ce qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel de déterminer à l'aune notamment de sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 –, il importe en tout état de cause que cette opération soit assortie de garanties légales suffisantes afin de compenser cette absence d'autorisation.

Tel est d'ailleurs très précisément le sens des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme auxquelles le Premier ministre renvoie lui-même (cf. les observations du Premier ministre, page 4).

Ainsi, dans son arrêt de Grande Chambre *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* cité par le Premier ministre, la Cour européenne a certes admis un contrôle juridictionnel *ex post facto*, mais à la condition que « *la qualité de la loi* » ne soit pas « *déficiente* ».

Dans cette affaire, la Cour a estimé que cette exigence n'avait pas été respectée faute pour la procédure litigieuse d'avoir été « entourée de garanties légales adéquates » (Cour EDH, G.C. 20 octobre 2016, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, Req. n° 7334/13, § 100).

II-2 Or, en l'occurrence, il y a certes lieu de relever qu'en vertu de l'alinéa 6 de l'article 11 I de la loi du 3 avril 1955, il est prévu qu'« *à compter de la saisie, nul n[']a accès avant l'autorisation du juge* » aux données ainsi collectées.

Toutefois, cet interdit légal n'est assorti d'aucune garantie légale permettant d'en assurer le respect effectif.

II-2.1 En particulier, les dispositions contestées ne prévoient pas expressément que les données ainsi saisies doivent être placées sous scellés avant une éventuelle autorisation d'exploitation par le juge administratif des référés.

A cet égard, le contraste entre les dispositions litigieuses et celles prévues par le droit commun est pour le moins saisissant.

Ainsi, aux termes des dispositions des alinéas 2, 3 et 6 de l'article 97 du code de procédure pénale relatives notamment aux saisies réalisées lors de perquisitions :

*« Tous **les objets**, documents ou **données informatiques** placés sous main de justice sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant, si leur inventaire sur place présente des difficultés, l'officier de police judiciaire procède comme il est dit au quatrième alinéa de l'article 56.*

Il est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition.

[...]

Lorsque ces scellés sont fermés, ils ne peuvent être ouverts et les documents dépouillés qu'en présence de la personne mise en examen, assistée de son avocat, ou eux dûment appelés. Le tiers chez lequel la saisie a été faite est également invité à assister à cette opération [...] »

II-2.2 Or, si les dispositions contestées de l'article 11 I de la loi du 3 avril 1955 prévoient bien, à l'alinéa 6, que « *l'agent sous la responsabilité duquel est conduite la perquisition rédige un procès-verbal de saisie qui en indique les motifs et dresse l'inventaire des matériels saisis* », aucun placement subséquent sous scellés n'est prévu.

Pourtant, nul ne peut contester que seule une telle mesure permettrait non seulement de garantir pleinement l'intégrité des éléments ainsi saisis, mais aussi de s'assurer que l'interdiction d'accès aux données saisies lors de la perquisition administrative avant toute autorisation juridictionnelle soit effectivement respectée.

L'absence de placement sous scellés est d'autant plus préjudiciable que si leur bris et tentative de bris peuvent être pénalement réprimés sur le fondement des dispositions de l'article 434-22 du code pénal, tel n'est pas le cas pour le non-respect de l'interdiction d'accès aux données saisies prévu à l'article 11 I, alinéa 6 dernière phrase, de la loi du 3 avril 1955.

Or, une telle différence de régime entre les perquisitions administratives régies par les dispositions contestées, d'une part, et les perquisitions judiciaires de droit commun, d'autre part, n'est fondée sur aucun motif ou encore motivée par une quelconque différence objective de situation.

A cet égard, il y a d'ailleurs lieu de rappeler que, pour le Conseil constitutionnel, la copie de données informatiques lors de la perquisition administrative est « *assimilable à une saisie* » sans autre distinction (Cons. constit. Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14).

Partant, les dispositions contestées ne manqueront pas d'être censurées à ce titre.

Sur l'insuffisante délimitation des données susceptibles d'être saisies et exploitées

III. Deuxièmement, le Premier ministre fait valoir que les dispositions contestées impliquent que « *tout accès aux données postérieur à la perquisition est en tout hypothèse limité aux seules données qui présentent un lien avec "la menace que constitue pour la sécurité et*

l'ordre publics le comportement de la personne concernées», lien que la loi impose d'apprécier avec une exigence croissante jusqu'au terme des délais qu'elle impartit pour les sélectionner » (cf. les observations du Premier ministre, page 6).

Mais une telle affirmation ne convainc pas pleinement.

III-1 D'une part, les intervenantes ne peuvent que constater que le Premier ministre lui-même ne nie pas que les dispositions litigieuses de l'alinéa 5 de l'article 11 I de la loi du 3 avril 1955 permettent la collecte de l'ensemble des données contenus dans des supports présents sur les lieux.

Et ce, ainsi que l'ont déjà relevé les intervenantes, en considération d'éléments relatifs au « *comportement de la personne concernée* », mais sans aucunement exclure de la collecte les données et supports autres que ceux véritablement liés à la menace résultant du comportement de la seule personne concernée.

Tout au plus le Premier ministre tâche-t-il de minimiser l'impact de la seule « *copie des données* » sur les droits et libertés constitutionnellement garantis, afin d'insister sur les garanties légales prévues pour les phases ultérieures (cf. les observations du Premier ministre, page 6).

Pourtant, à rebours complet de l'analyse gouvernementale, il ne procède aucunement de la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 du Conseil constitutionnel que la phase de saisie des données – même prise isolément – ne serait pas elle-même soumise aux exigences constitutionnelles.

Il y aurait d'ailleurs quelques paradoxes à faire échapper cette phase pourtant cruciale – puisqu'elle conditionne l'ensemble des phases subséquentes – aux contraintes de la Constitution.

Il appartiendra donc au Conseil constitutionnel de censurer les dispositions contestées de l'alinéa 5 de l'article 11 I de la loi du 3 avril 1955 ou, à tout le moins, d'assortir explicitement ces dispositions d'une réserve d'interprétation aux fins de prohiber la saisie de supports ou la copie de données dépourvus de liens avec la personne

dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, au sens des dispositions de l'article 11 I, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 avril 1955.

III-2 D'autre part, les intervenantes persistent à souligner que les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 11 I de la loi du 3 avril 1955 sont affligées du même vice, dès lors que l'accès immédiat aux données lors de la perquisition administrative est admise sans autorisation juridictionnelle ni même une quelconque exclusion destinée à protéger les données accessibles et supports présents sur les lieux qui, manifestement, sont dépourvus de liens avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

A cet égard, l'affirmation du Premier ministre selon laquelle le Conseil constitutionnel aurait déjà « *jugé conformes à la Constitution* » ces dernières dispositions (cf. les observations du Premier ministre, page 6) est pour le moins contestable.

En effet, non seulement le Conseil constitutionnel n'a pas explicitement examiné ces dispositions relatives à l'accès immédiat aux données lors de la perquisition dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

Mais en outre, et en tout état de cause, la vaste révision des dispositions litigieuses opérée par la loi du 21 juillet 2016 du fait de la censure prononcée en février 2016 a nécessairement bouleversé l'équilibre du dispositif initialement issu de la loi du 20 novembre 2015.

En atteste d'ailleurs le fait que le Conseil d'Etat ait visé dans sa décision de transmission de la présente question prioritaire de constitutionalité les « *dispositions des alinéas 3 à 10 du I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence est renvoyée au Conseil constitutionnel* », sans donc écarter l'alinéa 4 (CE, 16 septembre 2016, n° 402.941).

Là encore, il appartiendra donc au Conseil constitutionnel de censurer ces dernières dispositions ou, à défaut, de les assortir d'une réserve d'interprétation aux fins de prohiber l'accès aux données accessibles et supports présents sur les lieux objets de la perquisition qui, manifestement, sont dépourvus de liens avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations intervenantes persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation